



TITLE:

違憲審査の活性化のために（覚書）

AUTHOR(S):

曾我部, 真裕

CITATION:

曾我部, 真裕. 違憲審査の活性化のために（覚書）. 判例時報 2020, 2425: 127-138

ISSUE DATE:

2020-01-11

URL:

<http://hdl.handle.net/2433/245458>

RIGHT:

発行元の許可を得て掲載しています。; The full-text file will be made open to the public on 11 April 2020 in accordance with publisher's 'Terms and Conditions for Self-Archiving'; 許諾条件により本文は2020-04-11に公開。; 許諾条件により非表示の部分があります。

統治構造において司法権が果たすべき役割 第2部 【第4回】
違憲審査の活性化のために（覚書）

曾我部 真裕

1 はじめに

本稿では、①「平成の統治構造改革」のいわば積み残しとして、違憲審査の活性化がこれまで以上に重要な課題となっていること、②その観点からの憲法訴訟実務の課題、③憲法訴訟論あるいは違憲審査基準論の課題、の三つを柱として論述を進めたい。

先に見通しを多少示しておく、①については、内閣機能の強化のための制度改革がなされ、実際にもその意図がかなり実現している中で、個人の自由のあり方にも関わる法律が、大きな政治的対立を乗り越えて制定されることが増えてきている。筆者は内閣機能の強化そのものは適切な方向性だと考えるが、それに応じてブレーキを掛ける仕組みの強化も同時に必要である。特に、個人の自由との関係では、違憲審査制の強化が重要な課題となる。

②③については、一つの大きな課題を突

務の側と学説の側とから眺めてみたものである。その課題とは、判例と学説との対話の促進であり、それによって違憲審査制の強化に寄与するのではないかということである。こうした観点から、筆者が近年関与した事例を中心に、断片的な検討に過ぎないが、いくつかの指摘を行う。

2 統治機構を見る視点と独立機関の役割

(1) 基本的な視点

まず、司法権や違憲審査そのものの検討からは離れるが、「統治構造において司法権が果たすべき役割」を検討する前提として、「統治機構を見る視点と独立機関の役割」について述べておきたい。

憲法の観点から統治機構を考える場合、立憲主義とは権力を縛るものであるという見方がここでも強調されることが非常に多い。確かにこうした見方は重要であるが、それだけでは十分ではない。現代国家では社会や個人が抱える様々な課題の解決のために国家の活動が求められることも多いのであり、権力は縛られると同時に、迅速的確に行使されることが必要である。

権力を縛ればよいというだけではないとして、ここでは、日本国憲法のもとにおける統治機構を見る際の基本的な視点を、二つの軸で整理してみたい。一つの軸は、政治の推進力・リーダーシップとその統制との対比である。これはいわば、政治におけるアクセラとブレーキの観点である。今見たように、国家が社会や個人の関わる課題の解決に貢献するためには、迅速的確な介入が求められるのであり、そのために効率的な決定がなされる必要がある。他方で、立憲主義の要請からは、当然ながら権

力の暴走に対する歯止めが求められる。

もう一つの軸は、民主的要素と専門合理的な要素との対比である。日本国憲法が国民主権原理を採用し、国民主権原理の要請として民主主義の制度化を求めているとすれば、統治機構に民主的要素が十分に取り込まれていることは重要である。ただし、国家の決定は合理的なものでなければならず、そのための仕組みも不可欠である。また、専門合理的な要素というのは非民主的だとも思われるかもしれないが、民主主義を様々な意味で補完するものであることも忘れるべきではない。たとえば、社会保障や税のあり方を決定するのは民主主義の重要な局面であるが、その基礎となる中長期的な財政推計は専門的かつ独立した立場から行われる必要がある。また、裁判所の判決が、法令の見直しのきっかけとなることもある。

この二つの軸は、図のようなマトリックスとして考えることができよう。それぞれの代表的なアクターを参考までに記入してあるが、一つのアクターが複数の要素を体現することもあるし、ここに出てこないアクターもあるだろう。複数の要素を体現するといえば、国会は、ここでは統制のところに入っているが、もちろん、立法機関として政策の推進にも不可欠の役割を果たすべきことは言うまでもない。

| | 推進力 | 統制力 |
|---------|---------|--------------|
| 民主的要素 | 内閣(官邸) | 国会 |
| 専門合理的要素 | 省庁(官僚制) | 独立機関(裁判所を含む) |

このようなマトリックスをあえて示す意味は、統治機構を考える際には複数の視点があり、それらをいったん明確に区別した上で、バランスをはかることが重要であることを示すということにある。

こうした観点から日本の現状を見ると、民主的要素として推進力を担う内閣は非常に強化されているが、それ以外の欄は十分に機能していないところもあり、全体としてアンバランスな状態にあると考えられる。

(2) 統治構造改革 2・0

上記のようなアンバランスが生じた要因としては、90年代以降進められてきた統治構造改革がある。清水真人の言葉を借りれば、これが「統治構造改革 2・0」の問題である²。

90年代から2000年代はじめには、

政治改革により衆議院の中選挙区制から小選挙区制(正確には比例代表との並立制)への移行や政党助成制度の導入がなされ、橋本行革により内閣機能の強化と省庁再編が行われ、国会改革により党首討論の導入等がなされた。先にも述べたように、これらはすべて法令レベルの改革であり、憲法典には一切触れるものではないが、実質的意味の憲法には大きな変化があった。こうした90年代の改革は、(平成の)統治構造改革と総称される。

この統治構造改革は、小泉内閣を経て、現在の安倍内閣において大きな威力を発揮している。報道では安倍一強などと呼ばれて批判的に論じられることが多いが、総理大臣の個人的資質への批判とは別に、こうした現状が統治構造改革の帰結であることを認識し、その意義と課題を総括する必要があるだろう。

本格的な総括をここで行う用意はないが、首相のリーダーシップがある面で(ある面で、ということについてはすぐ次に述べる)強化され、その重要政策が迅速に実現されるようになったことは間違いのないだろう。それに伴い、政策決定に伴う責任の所在も明確になったと言えよう。もちろん、そうして実現した政策の評価は全く別問題ではある。

他方で、首相のリーダーシップが真の意味で強化されたかどうかについては、疑問符もつく。というのは、閉塞感の強い現在の日本において、政治の役割は、利益の配分から負担の分かち合いの方にシフトをし

ており、増税や社会保障の見直しによる財政再建を筆頭とする不人気政策に取り組みざるを得ないところに来ている。しかし、とりわけ現政権が、強化されたリーダーシップを用いてこうした課題に正面から取り組みもうとする姿勢は見えにくい。むしろ、次々にやってくる選挙を見据えて、目先の支持率維持のための短期的な政権運営が重視されているように見える。

もともと、統治構造改革がモデルとしたイギリス型の議院内閣制は、衆議院議員総選挙が政権選択選挙であり、そこで選択された政権に衆議院議員の任期4年の間、全権委任とは言わないが大きな権限を与えて政治を担わせ、次の選挙でその成果に審判を下すというものであった。しかしながら、日本では参議院議員選挙の結果や、下手をすると一部地方選挙の結果も政権基盤に影響を与えることとなっており、これによってどのように考えるかが問題となる。一つは、統治構造改革のロジックを押し進め、憲法改正によって参議院の権限を削減するなどしてイギリス型にさらに近づけるといふことであるが、そうすべきでないとする

ば、これまでの統治構造改革の路線自体を見直し、より合意に基づく政治を実現するための制度的環境をつくる改革に進むべきであろう。この点が総括とその対応の焦点の一つとなる。

他方、今見たような問題があるとはいえず、その前に述べたように、首相あるいは内閣のリーダーシップが強化されたことには間違いがなく、そのために様々な弊害も

生まれている。安倍政権の特徴の一つとして、これまで節度を持って用いられた権限を存分に行使するようになったということがある。集团的自衛権然り、日銀総裁やNHK経営委員、あるいは官僚人事など各種の人事権の行使然りである。これによって明らかとなったことは、このような濫用的というかどうかはともかく積極的な権限行使に対する制度的な抑制手段が貧弱であるということであった。これまでは、政権側が節度を意識する中で曖昧にやってきたということであろう。そこで、冒頭にも述べたように、統治構造改革 2・0の重要課題としては、ブレーキをどのように効かせていくかということも含まれる。

この点に関する喫緊の課題としては、国会の機能強化があるが、すでに論じたことがある上に、本稿のテーマからは外れるのでここでは立ち入らず、独立機関の問題について触れる。

(3) 独立機関の役割の立て直し

国会の機能強化と並んで重要だと思われることは、独立機関の役割を立て直すということである。独立機関というのは、特に違憲審査や行政訴訟を担当する裁判所、中央銀行、公共放送を念頭に置いているが、会計検査院や、人事院、公正取引委員会をはじめとする独立行政委員会ももちろん含まれる。さらに、もっと広くいえば、官僚機構も専門合理性と自律性を一定程度もっており、ここで述べるのが多少当てはまるが、話が複雑になるのでこれ以上触れ

ず、今述べたような典型的な独立機関に焦点を絞る。

これらの独立機関の性格は様々である。裁判所は三権の一翼であり、公共放送はそもそも国家機関ではない。これまでの憲法論では、独立機関を横断的に捉える視点が乏しかったように思われる。独立機関について論じられるのは、主に、司法権の独立の問題及び独立行政委員会³の合憲性の問題に關してであつて、かつ、この両者は別個に獨立に検討されてきた。また、独立行政委員会に關しては、いわばその憲法上の許容性に議論が集中しており、独自の意義を積極的に評価し、一定の権限を独立機関に担わせるのがむしろ望ましいのではないかという問題関心は薄かった。

しかし、独立機関は国政において専門合理性の観点から大きな役割を果たし、また、民主的な要素を担う国会や内閣から多かれ少なかれ獨立しているという共通点をもつていて、統治機構をマクロの視点から考察する場合、これらを横断的に捉える視点が重要であると考ええる。

これらの独立機関の任務・役割は、憲法で定義される場合もあるが、ほとんどは法律によつて定められる。法律で定められるということは、民主的な機関である国会によつて役割が与えられているということである。また、詳細はそれぞれ異なるが、これらの機関の人事や予算も国会や内閣によつて決定される。したがつて、独立機関は民主的な要素と無関係というわけではない。ここで重要になるのは短期的な民意と

中長期的な民意の区別である。つまり、民主的な機関によつて中長期的に与えられた任務・役割を、短期的な民意とは距離をおき、独立性・専門性をもつて遂行するということになる。国会等の民主的な機関は、短期的な民意に委ねていたのではうまくいかないようなことがらを、独立機関に委ねるという決定を行うのである。

たとえば、公共放送を設置するかどうか、設置するとしていくつのチャンネルを与えるのか、報道に特化するのか文化に寄与するような番組も放送させるのか等々は法律以下の規範によつて定められている。他方で、個別の放送内容については民主的な機関は原則として介入せず、公共放送に委ねているといった具合である。これは、そうすることが民主主義や文化の発展といった中長期的な目的にかなっているという判断による。なお、本稿では立ち入らないが、民主主義的決定にも短期的な決定と中長期的な決定とがあるという視点は、統治機構を考える際には重要な視点の一つとなる。

さて、独立機関の話に戻ると、先に示したマトリックスとの関係では、これらは推進力になったり統制力になったりするが、たとえば最高裁が違憲判決を出したり、報道を担う公共放送が政府監視の機能を果たしたり、中央銀行が政府の経済政策に反して金融緩和に慎重姿勢を維持したりするとを考慮してみれば、統制力として機能する場合が多いだろう。独立機関の統制力の発揮は、民主的な機関に対して乗り越えるこ

とのできないハードルを設定するものではない。独立機関の決定がどうしても承服し難い場合には、人事権の行使や、最終的には法改正（違憲判決に対しては憲法改正）など、それを乗り越えるための方法が残されている。むしろ、独立機関の統制は、中長期的、専門的な観点から反省の機会を提示するという意味を持ち、そのような意味で民主主義にとつても重要な意義を有するのである。

現在の日本、あるいは戦後ずっとそうであつたとも言えるが、ともかく日本では独立機関の役割が十分に発揮されてきたと言ひ難い。近年について言えば、現政権では独立機関の人事権が戦略的に行使されてきた。日銀総裁人事然り、NHK経営委員⁴会人事⁵しかりである。こうした人事権行使のあり方は歴代政権のもつていた節度の範囲を逸脱することは確かであるが、現行法上ももちろん違法ではない。つまり、これは制度的に手当をする必要があるということである。また、NHKについていえば、その予算や事業計画を毎年総務大臣に提出し、最終的には国会の承認を受けなければならぬ制度になっているが、これが政治に対するNHKの独立性を弱めていることは明らかであり、その改革は喫緊の課題である。

さらに、日本では独立機関に委ねることさえされていないが、国際的には独立機関に委ねることが一般的になってきている任務も存在する。放送の監督が獨立してあるべきことは古くから言われていることであ

るが、最近では、独立財政機関を設置する先進国が増加しているようである。⁶これは、政治から獨立の立場で、予算の前提となる経済見通しや、中長期の財政推計、財政政策に関わる政策評価などを担うものである。予算や社会保障については、その前提となる経済・財政予測が不可欠であるが、これを政治に委ねると、現実離れた甘いシナリオが前提とされることは、日本でも現実⁷に起こっていることである。このほか、私人間も含む人権侵害に対して救済を与える人権擁護機関についても、これはすでに国際標準となっているが、日本では法案は提出されているものの実現していない。人権擁護機関の活発な活動は、これまでその役割を独占してきた裁判所による権利救済の活性化をもたらす可能性もあるだろう。

以上、要するに、独立機関は民主主義に反するという単純な見方がされがちであるが、短期的な民意の行き過ぎを押さえ、中長期的な民意に基づき専門的・獨立の判断を行う独立機関がしっかりと機能することは、統治機構にとつて必要不可欠なことである。こうした視点から、独立機関の人事、権限、予算に関わる制度を見直すことが極めて重要だということを強調しておきたい。場合によつては憲法上の機関としての地位を付与するといったことも考えられてよいだろう。

このような状況において、統制力を担う裁判所の違憲審査の活性化は、戦後ずっとそうだったとも言えるが、かつてなく重要

な課題となっている。最も象徴的なのは最高裁の違憲審査権の行使のあり方であり、最高裁が法律を違憲としたことはこれまでに10件にすぎず、他国と比較して圧倒的に少ない。その理由として日本では内閣法制局が法律制定前に綿密にチェックをするからそもそも問題のある法律が少ないのであるなどの説明がなされている。たしかにそうした面はあるだろうが、本当にそれで説明しきれぬのは疑問であり、やはり、違憲審査が過度に消極的であるという評価は否定し難い。また、前述のような推進力と統制力のバランスの今日的状況に照らし、違憲審査のこのようなあり方は、改められる必要があると言わざるを得ないだろう。

3 憲法訴訟実務について

(1) 付随的違憲審査のあり方
日本の違憲審査は、違憲審査を行うためには具体的事件の存在が必要であるとする付随的審査制をとっているが、その実情はかなり独特である。
その顕著な特徴は、つとに指摘されているように、法令一般審査志向であることであり、適用審査、そして適用違憲という手法に極めて冷淡な姿勢が示されている。
学説に目を転じると、付随的審査制について大別して二つの見方があるように思われる。一方では、付随的審査制を違憲審査のいわば入り口での問題であると捉え、具体的事件は、違憲審査の契機にすぎないと考える立場がある（A説とする）。他方で、付随的審査制は、違憲審査の行使のあり方をも規定するものだと考える立場がある（B説とする）。
A説を推し進めると、現行憲法下で具体的規範統制の導入も可能だという見解にも至りうる。そこまで行かないにしても、適用審査優先原則や必要性原則に対して否定的な、あるいは少なくとも付随的審査制の要請ではないとすることになる。これに対してB説からは、付随的審査制は違憲審査の行使のあり方全体を規定するものであって、適用審査優先原則や必要性の原則等も付随的審査性と関わりのあるものとして捉えられる。
こうした対立図式を踏まえると、最高裁のアプローチはA説的である。そして、最高裁の憲法判断の内容は、実質的には抽象的審査制におけるそれと大きく異ならない。ここでは、それ自体を問題にする意図はない。また、付随的審査制の本来本元であるアメリカにおいても、法律の施行前の差止訴訟が広く認められるなど、実質的には抽象的審査制へと傾斜している。
ここで注目したいのは、違憲審査の正統性との関係である。元来、付随的審査制の意義を強調するB説の論者は、「司法審査制が有する正当性は、それが具体的事実に基づく経験的判断である点にある」として、違憲審査の正統性との問題を強く意識し、その観点から抽象的審査制（あるいはA説的な、付随的審査制の抽象的審査制寄りの運用）を批判してきた。B説の観点からは、付随的審査制は、具体的事件に関

し、適用審査を中心に具体的な事実関係に分け入って狭い射程の判断を積み重ねることを通じて司法型秩序形成を担うものであり、そこに違憲審査制（司法審査制）の固有の意義があるのである。こうした観点からは、A説や最高裁のとするような付随的審査制の抽象的審査寄りの運用は、付随的審査制の有する固有の正統性を希薄化するようなアプローチであると言える。
このようにして希薄化された正統性を別の形で獲得することができるだろうか。実際、抽象的審査において、積極的な違憲審査を行うことには、より多くの資源が求められる。見平典がこのテーマについて繰り返し論じてきたところであるが、アメリカ連邦最高裁やドイツ連邦憲法裁判所のような「強い最高裁」とは異なり、日本ではそれを埋め合わせるような状況は見当たらない。
そうすると、日本において付随的審査制は、違憲審査の「間口」を狭める機能を有する一方で、積極的な違憲審査に寄与するところが少ない、ということになる。付随的審査制のポテンシャルを真に生かすためにはどうすればよいか、検討が求められる。

(2) 憲法の「間接適用」

話題は全く変わるが、国際法学では、国際法の国内法秩序への適用可能性について、直接適用と国際法適合的解釈（間接適用）とに区別され、後者は、国内で裁判所や行政庁が国際法を国内法の解釈基準として参照し、国内法を国際法に適合するように解釈することであるとされる。
こうした区別を見たとき、日本の憲法判例では、憲法の「間接適用」がかなりの重要性を占めているように思われる。憲法の「間接適用」といえば、私人間効力が問題となる場面が想起されるだろうが、ここではこうした場面ではなく、対公権力関係において「間接適用」を問題にしている。2つ例を挙げよう。
第一に、すでに宍戸常寿が指摘しているように、行政裁量統制における基本権の扱いに關してである。宍戸は、基本権（なお、宍戸は「人権」の語を用いている）が裁量を「外」から枠付けるアプローチと、基本権は裁量の「中」に位置づけるアプローチとを対比し、現在の裁量論は後者であるとすると。具体的には、第一に、基本権は他の事情と並び考慮される多面的な要素のうちの一つでありうる。神戸高専事件（最二小判1996・3・8民集50巻3号469頁）では、信教の自由は教育の目的や退学の不利益と並ぶ一考慮要素であるが、その侵害の程度を適切に斟酌しなかつた点が誤りとされたものと理解できる。第二に、基本権は、諸事情や諸利益の「重みづけ規範」として機能しうる。神戸高専事件の例で言えば、学生の失う利益が人権の観点から質的に重たいと評価されるがゆえに、考慮遺脱の瑕疵が他の要素を凌駕したと説明できるかもしれない。第三に、衡量の一要素に基本権が載った場合には、行政の衡量はその分だけ慎重でなければならず、それ

が翻って裁判所の審査密度を高めるとい
う、慎重な衡量を義務付ける規範として基
本権が働く可能性がある。¹⁴⁾

行政裁量との関係で、基本権が考慮要素
の一つとなるとか、重みづけ規範になると
いう事態は、憲法の「間接適用」と言えな
いだろうか。

第二に、これも穴戸が指摘した憲法適合
的解釈が挙げられる。堀越事件（最一小判
2012・12・7刑集66巻12号1337頁）
では、「司法部が基本法である国家公務員
法の規定をいわばオーバールールとして合
憲限定解釈するよりも前に、まず対象とな
っている本件罰則規定について、憲法の趣
旨を十分に踏まえた上で立法院の真に意図
しているところは何か、規制の目的はどこ
にあるか、公務員制度の体系的な理念、思
想はどのようなものか、憲法の趣旨に沿っ
た国家公務員の服務の在り方をどう考える
のか等々を踏まえて、国家公務員法自体の
条文の丁寧な解釈を試みるべきであ」と
いう千葉勝美裁判官の補足意見が示され
た。

堀越事件判決のこのような解釈方法は、
憲法を解釈指針として用いるものであつ
て、憲法の「間接適用」と言えないだろう
か。

もちろん、国際法の間接適用と、憲法の
「間接適用」とを立ち入って比較するとす
れば、理論的な相違点もあるはずで、安易
な同一視はできないであろう。ここで注目
したいのは、憲法の「間接適用」の手法か
ら伺えるのは、憲法を法律以下の規範とは

性質の大きく異なる規範としてみる傾向で
ある。裁判官からは、憲法はむしろ国際法
と同列のものとして見られているというこ
とであろう。

また、あわせて指摘しておくべきこと
は、このような憲法の「間接適用」であつ
ても、憲法的な価値を適切に考慮できるの
であれば、基本権保障の実をあげることが
可能であることはもちろんである。しか
し、こうした「間接適用」手法は、実際
には十分活用されてはいないのではないか。¹⁵⁾

このことを各法分野の側から見れば、憲法
はまさに「異物」であつて、ごく限られた
場合に法令違憲や明示的な合憲限定解釈等
の「外」からの憲法的統制がなされること
を除けば、一部の場合に「間接適用」がな
される程度であつて、基本的には各法分野
の自律性・完結性が尊重されているという
ことになるのではないか。

各法分野の自律性・完結性が重視される
ことは、日本の法学界全体の傾向とも符合
し、また、最高裁の法曹出身裁判官のほと
んどがこうした環境の中で経歴を重ねてき
ており、また、調査官のほとんどは民事
の裁判官であつて、憲法を専門的に扱つて
きたわけではないことに照らし、むしろ極
めて当然であろう。

そのような状況のもとにおいて、慣れ親
しんできた法令を憲法の観点から一刀両断
するような判断を行うことはかなりの心理
的な抵抗があるはずである。また、正面か
ら憲法問題として扱うことは、実務上の負
担の観点からも可能な限り避けたいと感じ

るのではないか。

(3) 各法分野の自律性と「間接適用」の
余地

この点が問題となる典型的な場面は、一
般的な射程をもつ法律の規定が基本権の制
約となるような場合である。筆者は、この
ような制約を「付随的制約」と呼んでいる
が、このような場合に「間接適用」がなさ
れるか否かは、他の要因とともに、法規定
側に「間接適用」の受け皿があるかどうか
にも依存しているように感じられる。この
点は、特に刑事法の領域で問題となること
が多いようである。

例えば、先に挙げた堀越事件において
は、「政治的行為」（国家公務員法102条
1項）について、憲法を解釈指針として限
定解釈したのであるが、構成要件解釈にお
いて、法律上必ずしも明確に定義されてい
ない概念を限定的に捉えることが可能であ
った。

また、外務省秘密漏洩事件（最一小決1
978・5・31刑集32巻3号457頁）で
は、周知のように、取材の自由が憲法21条
の精神に照らし十分尊重に値するとした上
で、「報道機関が公務員に対し根気強く執
拗に説得しない要請を続けることは、それ
が真に報道の目的からでたものであり、そ
の手段・方法が法秩序全体の精神に照らし
相当なものとして社会観念上是認されるも
のである限りは、実質的に違法性を欠き正
当な業務行為というべきである。」とさ
れ、違法性阻却が認められた。

これらは、適切な「間接適用」がなされ
た事例といえることができる。他方で、その
ように評価できない場合も見られる。¹⁶⁾

筆者自身が多少関わった事案でいえば、
わいせつ表現規制が問題となった「ろくで
なし子事件」がその一つであろう。本件
は、ろくでなし子と名乗って活動している
アーティストが、自己の女性器を石膏でか
たどり、装飾を施したオブジェをアダルト
ショップ内で展示したことがわいせつ物公
然陳列罪に、自己の性器の3Dスキャンデ
ータを第三者に提供したことがわいせつ電
磁的記録頒布罪（いずれも刑法175条1
項）に問われた事案である。前者（オブジ
エ）については、一審（東京地判201
6・5・9判タ1442号235頁）も控
訴審（東京高判2017・4・13・裁判所
HP）も、わいせつ性を否定して無罪とし
たのでここでは触れない。

後者（3Dスキャンデータ）について
は、一審、控訴審ともにわいせつ性を認
め、有罪判断であった。しかし、この判断
には大きな問題があると考えられる。

第一に、わいせつ概念及びその判断方法
につき、表現の自由が考慮されていないこ
とである。この問題は、チャタレイ事件
（最大判1957・3・13刑集11巻3号99
7頁）以来の古い問題であるが、小説や写
真集のように長文に及ぶもの、あるいは多
数の作品を集めたものとは異なり、本件の
データはただ性器の形状を精密に再現した
ものであつて、全体的考察方法によって表
現の自由を事実上考慮する方法を取ること

ができない¹⁹⁾。そうすると、このような単独の形で存在する表現に適したわいせつ性判断方法を検討する必要があるが、一審、控訴審ともそのような方向には進まなかった。これまでも、性器の描写があればわいせつ性を認める傾向があり、その観点からは本件のデータは、(注(19))に示したような問題を措く(すれば)わいせつであらうことになる。本件ではこのような傾向に属する判断がなされた。

以上は構成要件解釈の次元であったが、第二に、作品外の事情を考慮しないことによる表現の自由の価値の考慮不尽の問題がある。被告人の女性器の3Dデータは、それ自体には被告人の創作の要素が含まれていないことから、芸術作品であると評価し難いとも考えられる。しかしながら、被告人がこのデータを作成し頒布したことは、人々の創作活動の素材とする目的によるものであり、この点も被告人の著作等で明らかにされており受け手には了解されていた点に留意が必要である。受け手が創作活動に参加するいわゆるアートプロジェクトは、近年芸術活動の一つの分野として確立しているというものであり、このデータについてはこうした文脈で理解されなければならない。こうした点も、表現の自由の価値の一つとして、「間接適用」の中で考慮される必要がある。

しかし、わいせつの定義及び判断方法はすでに累次の判例により確立され、作品外の事情は考慮しないということになっているので、構成要件解釈の中で上記の点を考

慮することはできないことになる。そこで考えられるのは違法性阻却事由(正当行為)として考慮することであり、実際、被告人側はそのような主張を行った。ところが、一審判決は、次のような(筆者にとつては驚くべき)判断を示した。

わいせつ概念は、憲法により保障される表現の自由を必要最小限かつ明確に規制すべく解釈したものであり、構成要件該当性の検討において表現の自由に対する考慮は十分に尽くされているのであって、構成要件該当性が充足された時点で違憲性の問題は生じないというべきであるから、正当行為による違法性阻却の検討として再度表現の自由を斟酌すべき合理的理由はない。また、わいせつ性判断において作品外の事情を考慮しないことの意義は、わいせつ性の判断において恣意的な判断を極力排除し、わいせつ概念の明確化を図るためであって、正当行為の有無において作品外の事情を考慮すれば、結局その判断が主観的になり、表現の自由等に萎縮効果をもたらすおそれがあるから、作品外の事情を考慮すべきでない²⁰⁾と解される。よって、弁論人が主張する正当行為による違法性阻却はいうまでもなく認められない。

いうまでもなく、わいせつ概念自体の広汎性や曖昧性が憲法学説から批判の対象となってきた経緯があり、また、わいせつ概念判断において作品外の事情が考慮されないことをもって罪責の判断に作品外の事情を考慮すべきでないことにはならないはずであり、さらに、萎縮効果を理由に刑罰範囲を広げるような判断は妥当でないはずで

ある。

さすがに高裁判決では、「作品外の事情といつても様々なものがあり得るのであり、違法性が阻却される余地を一切否定することはできないというべきである上、表現の自由等への萎縮効果を理由に、かえって処罰範囲を広げるような結果を是認する説示とも受け取られかねず、刑法の解釈として極めて不適切といわざるを得ない。」と批判された。もつとも、高裁判決も、本件において違法性を阻却する具体的な事情は認められないとして、有罪の結論は維持されている(上告中)。

一つの事件にやや立ち入りすぎたかもしれない。ここで指摘したいのは、刑法においては、構成要件解釈と並んで、違法性阻却事由の解釈が憲法の「間接適用」の受け皿になりうるように思われるところ、実質的違法性論の衰退により、そのポテンシャルが発揮されていないということである。このような刑事判例及び理論の展開の背景は、専門外である筆者には伺いしれないが、各法領域の自律性との調和の中で「間接適用」が機能するためには、受け皿が必要であることが知られる²¹⁾。

他方、受け皿なしに「間接適用」がなされた例もないわけではない。その例として、NHK記者証言拒絶事件(最三小決2006・10・3民集60巻8号2647頁)を挙げてみたい。周知のように、同決定は、民事事件における記者の取材源証言拒否を原則として認める判断を行ったものである。ここで注目したいのは、「職業の秘

密」(民訴法197条1項3号)の解釈である。同決定は、取材源の秘密が「職業の秘密」に当たるとしたのであるが、憲法上、取材源秘匿権の保障根拠は、取材者の利益ではなく公共の利益にあるとされている。ところが、民訴法の一般的な解釈によれば、上記規定は職業的利益の保護を趣旨とする²²⁾とされ、取材者利益説に対応するため、取材源の秘密を「職業の秘密」に含まれるとする解釈は、民訴法上や無理があるとも考えられる。

この点、同決定の調査官解説は、この点を意識しつつも、「しかし、民訴法の解釈において、上位規範である憲法上の要請がある場合には、これを受けて解釈がされるべきことは当然である²³⁾」として、民訴法の解釈を、受け皿なしに、憲法上の要請によってオーバーライドすることを容認している。

同決定は、取材源秘匿が取材の自由の保障がなされるべき典型的な場面の一つであること、また、取材源秘匿は、それが破られると取材が困難になるという意味で、(最終的には公共の利益の保護が目的となるにしても、ひとまずは)職業的利益の保護とも言え、民訴法解釈の自律性を損なう度合いが微弱であること、等から受け皿なしの「間接適用」に踏み切ったものと想像される。

いずれにしても、日本の憲法訴訟実務の現状に照らせば、「間接適用」の発展を地道に図っていくというのが今後の展望を開く道の一つであるように思われる。そのた

めには、憲法学界の側でも、各法分野の学説に対して憲法への関心を高めるような取り組みを行ったり、機会を捉えて個別の訴訟に関与し、憲法の観点をインプットしたりといったことが求められるのではない。

(4) 利益較量論について

最高裁が憲法を「直接適用」し、正面から違憲審査をする場合、利益較量の手法が用いられる。言うまでもなく、こうした方法論をまとまって提示したのが、堀越事件における次のような千葉勝美補足意見である。

近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にし、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準（明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRAの原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など）ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。もともと、厳格な基準の活用については、アブオリに、表現の自由の規制措置の合憲性の審査基準としてこれらの全部ないし一部が適用される旨は一般的に宣言するようなことをしないのはもちろんだ、例えば、「LRA」の原則は

どといった講学上の用語をそのまま用いることも少ない。また、これらの厳格な基準のどれを採用するかについては、規制される人権の性質、規制措置の内容及び態様等の具体的な事案に応じて、その処理に必要なものを適宜選択して適用するという態度を採っており、さらに、適用された厳格な基準の内容についても、事案に応じて、その内容を変容させるあるいはその精神を反映させる限度にとどめるなどしており（例えば、最高裁昭和58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁（よど号乗っ取り事件）新聞記事抹消事件）は、「明白かつ現在の危険」の原則そのものではなく、その基本精神を考慮して、障害発生につき「相当の蓋然性」の限度でこれを要求する判断をしている。）、基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処しているのである（この点の詳細については、最高裁平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁（いわゆる成田新法事件）についての当職「当時は最高裁調査官」の最高裁判例解説民事篇・平成4年度235頁以下参照）。

この引用部分にもある通り、こうした理解はすでに90年代前半には示され、その後の最高裁判決に影響を及ぼしてきたものであり、きわめて重要な見解である。この見解は、これまでの憲法訴訟論を全面否定するようなものであるが、にもかかわらず、学説からはかつての猿払基準に対する厳しい批判に匹敵するような反応が見られないのは興味深い。

本稿では本格的な検討を行う用意はないが、いくつかのコメントを記しておきたい。

違憲審査基準の本質が比較較量であることについては学説も承認しているため、上記の比較較量論との相違は、それを行う方法について指針（学説でいうところの違憲審査基準）、及びその使い分けのためのメタレベルの指針（学説でいうところの二重の基準論以下の諸法理）を用いるかどうかという点にある。この点、上記の比較較量論においては、自縄自縛に陥ることをおそれ、そうした指針を設けることをあえて回避している。こうした観点からは、個々の判決において、違憲審査基準のようなものを採用した場合であっても、なぜそれを採用したのかを説明することにも消極的にならざるを得ない（でなければ、やはり自縄自縛に陥る恐れがある）。諸事情を総合考慮すると言っても、どのような事情をどの程度の重みで判断したのかの説明が十分であることは少ない。

このようなアブオリにおいて、事案の（最高裁の考えるところの）妥当な解決に至ることは可能かもしれないが、そこには次のようなコストが生じている。

第一は、説明責任の問題である。言うまでもなく、およそ公権力の行使には説明責任が伴う。最高裁は憲法解釈について事実上のlast wordをもっており、言うまでもなく、これは強大な公権力の行使である。さらに、裁判所には、情報公開の進んだ今日の行政機関とは対照的な手厚い評議の秘密の保障がなされているのであるから、判決文を通じた説明責任の履行がより一層強く求められるところである。最高裁

の判決には、「司法部の立ち位置」の観点から、様々な高度な考慮がめぐらされているということであるが、多数意見あるいはせめて補足意見において、可能な限りの内容が明示されることが当然ではないだろうか。

第二に、蓄積のもつ強さについてである。最高裁の憲法判断が、予め指針を設けることなく、事案ごとに、様々な高度の配慮を巡らせて具体的に妥当な解決を探るというものであるとすれば、仮に政治部門と衝突するような判断を行った場合、その判断はその際に特にそのように決定したものということになり、政治部門との軋轢はより大きくなるのではないだろうか。これに対して、審査基準の使い分けが予め枠付けられ、あるいは、それに従った判断が蓄積された上で、それに則った判断をしたということがあれば、政治部門と衝突することを知の上であえてその判断をしたという印象を薄めることができるのではないか。上記の比較較量論は、政治部門との衝突において脆弱性を生む要因を含み、積極的な判断を躊躇させるおそれがないだろうか。第三に、最高裁が様々な高度な配慮を巡らし、具体的妥当性を求める必要性は否定できないが、この点は各国の最高裁や憲法裁判所も同様であるはずである。指針から背を向け、学説と相容れない立場を取ることで、最高裁は、見平典の言う規範的資源の重要な一つとなるべきものを利用できないことになる。もともと、これについては、一方向的に裁判所の責に帰すべきではなく、

むしろ、相互対話の必要性を示すものであると言える。そこで、次に、学説の側で考えておくべきだと思われる点について述べてみたい。

4 憲法訴訟論あるいは違憲審査基準論について

(1) はじめに

前節の最後に述べたのは、違憲審査のあり方に関し、判例と学説とが相互理解を深める必要性についてである。このことは、言うは易くの類の話であり、筆者としてもどのような進めるべきかについて具体的なアイディアは持ち合わせていないが、本来はより組織的な取り組みが求められるように思われる。

それはさておき、ここでは、憲法訴訟論あるいは違憲審査基準論の論点のうち、学説の側でも考えておくべきではないかと思われる点を二つほど述べておくことにする。

一つは、違憲審査基準設定の際の考慮事項について更に考察を深めるべきではないか、ということであり、もう一つは、違憲審査基準の現実について検討が不足しているのではないかということである。いずれも、最近筆者が考える機会を持ったというだけのこと、何らの体系的でもないが、ここで試論的に提示をして批判を仰ぐことにしたい。

(2) 表現の自由と利益較量論

前節では、最高裁の利益較量論について

全般的な考察を行ったが、ここでは、個別的な点を一点、学説としてどう受け止めるか問題になるということで疑問を提起しておきたい。それは、特に憲法21条が問題となる事案における利益較量の手法に関してである。

典型的な例として、先にも言及した成田新法事件判決を見てみよう。

〔成田新〕法3条1項1号に基づく工作物使用禁止命令により保護される利益は、新空港若しくは航空保安施設等の設置、管理の安全の確保並びに新空港及びその周辺における航空機の航行の安全の確保であり、それに伴い新空港を利用する乗客等の生命、身体、安全の確保も図られるのであって、これらの安全の確保は、国家的、社会経済的、公益的、人道的見地から極めて強く要請されるものである。他方、右工作物使用禁止命令により制限される利益は、多数の暴力主義的破壊活動者が当該工作物を集合の用に供する利益にすぎない。しかも、前記本法制定の経緯に照らせば、暴力主義的破壊活動等を防止し、前記新空港の設置、管理等の安全を確保することには高度かつ緊急の必要性があるというべきであるから、以上を総合して較量すれば、規制区域内において暴力主義的破壊活動者による工作物の使用を禁止する措置を採り得るとすることは、公共の福祉による必要かつ合理的なものである(…)

ここでは、集会の自由は、「多数の暴力主義的破壊活動者が当該工作物を集合の用に供する利益」と具体化され、このような捉え方になれば当然ながら、重視されるべ

き要素とはされていない(「…」にすぎない)。このように、比較較量の際に、秤に載せる基本権をかなり具体的なレベルに落とし込み、軽い要素として扱うという手法については、表現の自由等の憲法21条の基本権については、特にその是非が問題となるように思われる。

一方で、初期判例の「抽象的な公共の福祉論」に対する批判にあったように、比較較量は具体的なレベルで行わなければならないという要請がある。他方で、表現の自由等については、恣意的な規制や特に萎縮効果への警戒があり、裁判所も含む公権力が表現の分類を行うことに消極的な見方もあった。そこでは、表現の自由等については、当該規制による直接的な規制効果だけではなく、表現の自由等に対して及ぼすより一般的な負の影響をも考慮すべきだという考慮があった。

こうした二つの要請ないし考慮は、相反する側面があるが、これまで憲法学説は、後者の観点を重視してきた。すなわち、違憲審査基準を設定する際にも、わいせつ表現、営利的表現等の限られたカテゴリーを低価値表現として審査基準を緩和するほかは、具体的な表現内容、態様を考慮して審査基準を操作することには慎重な態度がとられることが多いように思われる²³⁾。

おそらく、裁判所としては、こうした態度を採用することの帰結としての具体的な事案の処理に違和感を持つのではないかと想像される。成田新法事件の事案などはその典型であろう。

そこで、学説の側としては、こうした二つの要請ないし考慮をより調和させる努力が求められるのではないか。本稿では、この点についても本格的に論じる用意はなく、問題提起に留めざるを得ないが、さしあたり次のようなことが考えられよう。

一つは、裁判所も含む公権力による表現の価値判断に非常に警戒的な学説もあるが、奈須祐治の言うように、表現価値の高低の判断を一般的に否定することは困難だということを経直に認めるべきだと考える。

他方で、表現の価値をあまりにも個別的に考えるべきではないだろうということである。どの程度の抽象度のレベルとするかは別として、恣意的な判断を多少とも防止するために、類型的思考は不可欠だろう。最高裁は、自らの判断が恣意的になされるおそれがないと考えているようであるが、理論においてはこの点は考慮せざるを得ない。

さらに、その際、萎縮効果の考慮については、文脈を考える必要があるだろう。萎縮効果論に過度な役割を負わせるべきではなく、(類型的な)文脈に応じて、どの程度の懸念があるかどうかという、萎縮効果についての経験的な捉え方をすべきではない²⁴⁾。

(3) 「裁判所の審査能力の限界」論について

一般に、国会の判断を尊重し、緩やかな審査を行う理由として、裁判所の審査能力

の限界ということが言われ、規制目的の二分論との関係でも、積極目的規制において立法裁量が尊重される理由がそこに求められることがある。ただ、「裁判所の審査能力の限界」の内実は、必ずしも自明ではない。

このことについて、私見によれば少なくとも二点を指摘しうる。一つは、訴訟手続で争うことに由来する構造的な問題であり、二つは、法的な尺度の有無の問題である。

前者、訴訟手続で争うことに由来する構造的な問題には、まず、当事者主義のもと、当事者の行う主張と提出する証拠に基づき判断をしなければならぬことにより、判断資料が自ずと限定されることがある。

このほか、訴訟手続で争うことに由来する構造的な問題として、憲法訴訟においては、ある法律の特定の規定や文言の合憲性が判断されることになるところ、違憲が主張される規定等が複数の規定からなる制度の一部であるような場合、当該規定等だけを見れば不合理のように見えても、制度全体を見れば不合理とまでは言えないという場合がある。このような場合にも、裁判所としては国会の判断を尊重せざるを得ないことになる。

次に、「法的な尺度の有無」という表現は私見によるものであるが、端的に言えば、比例原則の適用が可能かどうかということである。一般に、消極目的規制においては、比例原則の適用があり、規制目的を

実現するために必要（最小限度）の規制かどうかを審査すればよく、裁判所として依拠すべき法的な尺度が存在することになる。これに対して積極目的規制においては、例えば零細事業者の保護という立法目的を掲げた場合、その保護が最小限度であるべきだという命題は成り立たないわけである。比例原則は適用できず、また、それに代わる法的な尺度は、考慮要素の統制（いわゆる判断過程審査）のようなものが利用可能である可能性があるが、その程度に留まる。そこで、裁判所としては、国会の判断を尊重せざるを得ないことになる。

なお、憲法訴訟における「裁判所の審査能力の限界」を議論する際に直ちに想起される点として、紛争対象の専門性があると思われるが、私見としてはこの種の限界を否定する必要はないものの、それを過度に重視すべきではない。実際、民事訴訟においては医療過誤訴訟や建築紛争、知的財産事件など、高度の専門性が求められる訴訟が少なからずあるが、裁判所が当初から立ち入った判断を断念すべきだとはされていない。²³⁾「裁判所の専門的知見の限界」が直ちに「裁判所の審査能力の限界」となるわけではないのである。

この点について、医薬品のインターネット販売に関する最高裁判決（最二小判2013・1・11民集67巻1号1頁）は、医薬品の販売等についての規制の「具体化に当たっては、医薬品の安全性や有用性に関する厚生労働大臣の医学的ないし薬学的知見に相当程度依拠する必要がある」と述べて

いる。「相当程度依拠する必要がある」という抑制された表現は、厚生労働大臣の側から、「医学的ないし薬学的知見」が十分に示される必要があること（現に、上記判決では、「安全面で郵便等販売が対面販売より劣るとの知見は確立されておらず」とされ、「知見」が示されていないことが違法判断の理由の一つとなっている）、また、裁判所としても、それを踏まえつつも独自の認定を行う必要のあることを示しており、前段落で述べたことに矛盾するものではない。

このほかにも考慮すべき視点はあり、「裁判所の審査能力の限界」の問題の掘り下げは今後の課題と考えられるが、さしあたり上記のように整理しただけでも、「裁判所の審査能力の限界」論には複数の要素が含まれることが理解される。

(3) LRA基準の適用について

憲法学説は、違憲審査基準をいかに選択すべきかについては熱心に議論するものの、審査基準の構成要素をどう考えるか、審査基準をどのように適用すべきかということについては十分に議論しない傾向にあるように感じられる。実際には、違憲審査基準の具体的な適用の仕方についてはさらに解明すべき点が少なくないように思われる。その結果として、審査基準が使い勝手が悪いものにとどまっているのであれば、審査基準論が実務に受け入れられることも望めないのではないか。もちろん、自縄自縛を避けることを重視するのであれば、い

かに審査基準の適用方法が解明されたとしても、審査基準に依拠するようにはならないとは思われるが、このあたりは裁判所の理解を求めたいところである。

審査基準の適用方法に関し、筆者はタトゥー彫師医師法違反事件の最高裁判決（大阪高判2017・11・14判時2399号99頁）の評釈において、LRA基準（必要性の基準）について検討する機会があった（以下、同評釈と大幅に重複することにはご海容を乞う次第である）。この事件は、いわゆるファッショントウの施術行為が医師行為に当たり、それを業として行うには医師の資格が必要であるとして、彫師が医師法17条・31条1項に基づき起訴された事件である。一審判決（大阪地判2017・9・27判時2384号129頁）は、有罪（罰金15万円）を宣告した。その際、医師法17条は不明確ではなく、憲法31条に反しないし、タトゥー施術行為に医師法17条を適用しても憲法22条1項に反しないと判断した。これに対し高裁判決は無罪とした（下告中）。施術行為は医療関連性を欠くために医師行為に該当せず、また、施術行為に医師法一七条を適用することは、憲法22条1項に違反するおそれがあるという判断であった。

この事件における最大の憲法上の論点は、薬事法判決の基準が妥当することを前提に、タトゥー施術行為が医師行為に当たるとすること、すなわち、同行為について医師免許を要求することが必要な規制かどうかということであった。以下では、必要性

とLRA基準を同視している。

この点につき、一審判決は医師免許を求めること以外のより緩やかな手段は存在しないとした一方で、本判決はこうした手段が存在するとし、手段の必要性に関して結論が分かれた。このような判断の相違には、違憲審査基準の適用に関する重要な問題が含まれていると感じるので、以下、この点について述べる。

必要性審査に類似し又はそれと同じものだと考えられる学説上の基準として、LRA基準がある。これは、一般には、同様の立法目的を達成することのより緩やかな手段の有無を問うものであると言われる。本稿ではこの関連で次の2点に注目したい。

第一に、LRA基準におけるLRAの明示の問題である。本判決は代替手段が存在するとしたが、具体的には、「我が国でも、彫り師に対して一定の教育・研修を行い、場合によっては届出制や登録制等、医師免許よりは簡易な資格制度等を設けるとか、タトゥー施術業における設備、器具等の衛生管理や被施術者に対する施術前後の説明を含む手順等に関する基準ないし指針を策定することなどにより、保健衛生上の危害の発生を防止することは可能」と、詳細に述べる。こうした判示の基礎となったのは、弁護士が詳細に調査した諸外国の立法例であり、諸外国ではタトゥー彫り師に医師免許を要求している例がないこと、及び、届出制や登録制といった簡易な資格制度が設けられていることから、代替手段として具体的に提示されたものである。憲法

学説では、代替手段を明示する必要があるかどうか若干議論されてきているようであるが、次に述べる点との関係で、少なくとも原則としては、明示される必要があると考えておくべきではなからうか。

第二に、LRA基準と比較衡量との関係である。一審判決は、「医師法17条は国民の保健衛生上の危害を防止するという重要な公共の利益の保護を目的とする規定である。そして、入れ墨の施術は、医師の有する医学的知識及び技能をもって行わなければならない保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為なのであるから、これを医師免許を得た者のみに行わせることは、上記の重要な公共の利益を保護するために必要かつ合理的な措置というべきである。また、このような消極的・警察的目的を達成するためには、営業の内容及び態様に関する規制では十分でなく、医師免許の取得を求めること以外のより緩やかな手段によつては、上記目的を十分に達成できないと認められる。」とする。

この判示は、一見するとLRAの有無をともに審査せずに結論を出しているように見えるが、あえて善解するとすれば、次のような読み方ができるかもしれない。すなわち、医師法17条は、医師の有する知識・技能をもつてでなければ達成できないような安全性を確保することを目的としており、医行為に該当する以上は医師によって対処させる以外の緩やかな手段は存在しないと、と。

ある種の循環論法のようにも見えるが、

可能な限り高い安全性確保が立法目的だとすれば、医師に独占させること以外の規制手段はないともいえる。実際、一審判決は、タトゥー施術の危険性を詳細に認定しており、このような発想に立っているものと思われる。しかし、本件については、こうした立論は直観的はいかにもバランスを欠くようにも思われる。直観的には、安全性の水準と規制の程度を比較衡量したいところだが、この直観をどのように言語化するかが問題となる。

一つは、目的審査で考慮するという可能性である。しかしながら、どの程度の安全水準を目指すかについては立法裁量が認められると考えざるを得ない。特に生命・身体 of 安全確保のためということであれば、可能な限り高い安全性確保を目的とすることがそれ自体として目的審査をパスしないということは考えにくいようにも思われる。ただ、それほどの高い安全水準を目指すことが正当化されるほどの立法事実が求められるということは言いうる。とはい

この点、ほかならぬ薬事法判決にヒントがある。薬事法判決は、薬事法や薬剤師法の規制を概観し、「これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができはるはずである。」とする。その上で、「不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じること」は、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開業等の地域的制限が憲法上是認されるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とする」と述べ、規制目的の達成度合いと被制約権利との比較衡量を導入している。

目的審査をパスしまえば、医師免許を要求することは適合性・必要性を充たすということになり、薬事法判決の審査基準、あるいはLRA基準を充たすということになつてしまふ。安全性の水準と規制の程度との比較衡量の居場所をどこに見つければよいだろうか。

もっとも、薬事法判決は、薬局の適正配置規制によつて防止されるような危険性はないという判断であり、この比較衡量は実際にはなされていないように思われる。本件では、彫り師に医師免許を要求すること

によって安全性が高まるという関係があること自体には異論はないだろうから、この比較衡量が本格的になされるべき事例だといえる。

しかし、本判決はこのような比較衡量を明示的に行わず、「より緩やかな規制の下でも社会的に許容できる水準の安全性を確保することは可能」という形で必要性ないしLR A審査の枠内で判断を行った。本件ではこのような処理で具体的妥当性が確保されると思われ、その意味で本判決は妥当だと考えるものの、審査基準論の一般論としてこの点をどのように位置づけるかは議論の余地がある。

この点は、比例原則論においては、狭義の比例性の問題として位置づけられると思われるが、違憲審査基準論のいう目的手段審査においては居場所を見出しにくいように思われる。もっとも、従来、LR A基準において比較衡量が行われるという指摘もあったところで、この指摘がここでは興味深い。すなわち、LR A基準の判断において、典型的には、審査対象となっている規制手段と代替的な規制手段とで、規制の効果と基本権の制約度合いとを比較衡量するといえるものである。このような考え方を取れば、本件のような比較衡量はまさにLR A基準の審査においてなされるべきものとなる。妥当な考え方のようにも思われるが、しかし、結局のところ、比較衡量を導入することになり、三段階審査における狭義の比例性判断との相違が相対化されると同時に、「基準」と称することの意義が減

殺されるようにも思われる。

5 おわりに

以上、文字通り雑駁な内容で誠に恐縮であるが、「統治構造において司法権が果たすべき役割」というテーマに関して考えるところを述べてきた。

多少まとめめいたことを述べるとすると、第一に、違憲審査のあり方は、他の独立機関との比較の視点も含め、統治機構論の中でも考える必要があるのではないかと。第二に、憲法訴訟論ないし違憲審査基準論

については、さらに内容を深める余地が少なからずあるのではないかと。第3に、憲法訴訟の実務と学説の乖離が大きいことにはやはり問題があり、双方の歩み寄りが必要であると考える。法科大学院制度発足以来、学説は最高裁判例の内在的分析に力を注いできており、学説の最高裁判解は一定程度深まったようにも思われる。更に一歩を進めるためには、最近そうした動きが見られはじめたような直接的な対話や、憲法解釈が争点となるような事件につき、下級審判決の評釈を積極的に執筆する、あるいは事件そのものに関与するなどして、研究者がより積極的に関わっていくことなども必要ではないだろうか。

(1) 本節で述べた内容は、主に一般向けにはあるが、すでに以下のもので何度か論じている(本節の内容がこれらと重複することをお断りしておく)。

- 拙稿「統治構造改革の議論必須」日本経済新聞2018年2月6日、「憲法論議に求められる2つのバランス論」中央公論1626号(2019年)66頁、「憲法論議の視点 統治機構」(公益社団法人日本記者クラブ講演、2018年3月20日[<http://hdl.handle.net/2433/230947>])。なお、筆者自身は関係性及が薄いものの、上記諸論考と方向性を同じくする議論として、PHP「統治機構改革」研究会(提言報告書)統治機構改革15&20次の時代に向けた加速と挑戦(2019年3月20日、<https://thinktank.php.co.jp/policy/4920/>)も参照されたい。
- (2) 清水真人「平成デモクラシー史」(筑摩書房、2018年)。
- (3) 拙稿・前掲注(1)「憲法論議の視点 統治機構」6頁以下。
- (4) 以上の点につき、拙稿「公正取引委員会の合憲性について」伊藤真ほか編『経済社会と法の役割』(石川正先生古稀記念論文集)(商事法務、2017年)29頁以下。
- (5) 加藤創太・小林慶一郎編著「財政と民主主義 ポピュリズムは債務危機への道か」(日本経済新聞出版社、2017年)65頁(小黒一正執筆)。
- (6) 内閣法制局による審査事務については、一般にはその緻密さに対して高い評価がなされているように思われるが、その点を否定するわけではない。他方で、立法にも近年の大きな社会変化に対応することが求められている中、大胆な新規立法の展開を抑制するような傾向も感じられ、留意が必要であるように思われる。
- (7) 「法令一般審査」とは、「当該訴訟事件の具体的事実関係を捨象して、法令を一般的・客観的に審査するもの」であり(曾我部ほか編『憲法論点教室』[日本評論社、2012年]32頁(山本龍彦執筆))、一般に「文面審査」と呼ばれるものであるが、後者が多義的であることから、本稿では「法令一般審査」という語を用いる。
- (8) 畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題」公法63号(2001年)118-120頁。
- (9) 高橋和之「憲法判断の方法」(有斐閣、1995年)59-60頁。
- (10) 市川正人「文面審査と適用審査・再考」立命32・322号(2008年)21頁以下、土井真一「憲法判断の在り方」ジュリ1400号(2010年)51頁以下など。
- (11) 土井真一「司法審査制の理論的基層」法教240号(2000年)59頁。
- (12) もちろん、傍論での憲法判断がなされうること、違憲主張適格が緩やかに認められることなど、「間口」を狭めるばかりではないことは確かであるが、いずれにしても積極的な違憲審査には結びついていない。
- (13) 安戸常寿ほか編著「憲法学のゆくえ」(日本評論社、2016年)351-352頁(森肇執筆)。
- (14) 安戸常寿「裁量論と人権論」公法71号(2009年)106頁。
- (15) 安戸常寿「憲法解釈論の応用と展開(第二版)」(日本評論社、2014年)310頁。
- (16) 安戸・同書105頁参照。
- (17) 曾我部ほか編・前掲注(7)100頁(曾我部執筆)。
- (18) 拙稿「よくでなし子」事件とわいせつ表現規制 樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社、2017年)215頁以下参照。
- (19) なお、本件データは性器の形状を

精密に再現したものとはいえず、着色もされていない無機質な画像が表示されるだけであるから、そもそも性欲を刺激するものとは到底言えないと考えられ、訴訟ではこの点も争点となっていたが、ここでは措く。

(20) 一つの試みとして、上田正基「憲法適合解釈は刑法解釈論に適合するのか?」法時91巻5号(2019年)51頁。

(21) 戸田久「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇(平成18年度)』(法曹会、2009年)1015頁。

(22) 見平典「違憲審査師をめぐるポリテイクス」(成文堂、2012年)45頁。

(23) 奈須祐治「ヘイト・スピーチ法の比較研究」(信山社、2019年)504頁。

(24) 拙著『反論権と表現の自由』(有斐閣、2013年)238頁。

(25) やや視点が異なるが、示唆的な記述として、佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」樋口陽一ほか編『現代立憲主義の展開 芦部信喜先生古稀祝賀記念論文集(上)』(有斐閣、1993年)31-32頁。

(26) むしろ、知的財産高等裁判所が「日本版アミカスキュリエ」の試みを行ったように、裁判所としても最大限の情報収集を行って独自に判断をしようとする姿勢が見られ、また、それは妥当であろう(小田真治「知的財産高等裁判所の大合議事件における意見募集(日本版アミカスキュリエ)」について」判タ1401号(2014年)116頁)。

(27) 木下昌彦「職業の自由事業における憲法判断の枠組み」法時91巻5号(2019年)76頁は、審査密度の程度を立法事実の把握可能性から説明しようとする調査官解説の立場を批判する。

(28) 拙稿「判批」判評728(本誌2415)号(2019年)132頁。

なお、これに先立ち、筆者は弁護人の依頼により意見書を作成しているが、その内容については、拙稿「医師法17条による医業独占規制と憲法——タトゥー彫師訴追事件に即した検討」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望(初宿正典先生古稀記念)』(成文堂、2018年)749頁を参照されたい。

(29) 藤井俊夫「違憲審査におけるLR Aの基準」同『憲法訴訟の基礎理論』(成文堂、1981年)298頁、右崎正博「『より制限的でない他の選りうる手段』の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟(第2巻)』(有斐閣、1987年)231頁。これに対して、比較衡量が必要となるのはLR A基準の適用範囲を不当に拡大したからであるとするのが君塚正臣である(同『司法権・憲法訴訟論(下)』(法律文化社、2018年)543頁)。なお、この点について自覚的に詳細に論じた論文として参考になるのが、伊藤健「違憲審査基準論の構造分析——違憲審査基準の『構成要素』という視点から」(京都大学大学院法学研究科博士論文、2019年)である。

(30) 永続的な傾向かどうかは不明だが、憲法問題に関して重要な役割を果たした元最高裁判事との直接的な対話はなされつつある。そのほか、若干の動きがあるようであるが、今後の展開が期待される。

* 校正段階で、千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』(有斐閣、2019年)、石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路』(弘文堂、2019年)に接した。

(そがへ まさひろ・京都大学教授)